

Notat

om kommunal affaldsforbrænding

- vurdering af udbudspligt i mix-scenariet

Indhold

1.	INDLEDENDE BEMÆRKNINGER.....	4
2.	SAMMENFATNING OG KONKLUSION	5
2.1	Udbudsreglerne	5
2.2	Mix-scenariets forhold til udbudsreglerne.....	5
2.2.1	Kontrolkriteriet	5
2.2.2	Virksomhedskriteriet	7
2.3	Alternative modellers forhold til udbudsreglerne.....	7
2.3.1	De 3 modeller	7
2.3.2	Vurdering af model 1	7
2.3.3	Vurdering af model 2.....	8
2.3.4	Vurdering af model 3.....	8
2.3.5	Øvrige bemærkninger	9
3.	DE GÆLDENDE UDBUDSREGLER	9
3.1	Om udbudsdirektivet og in house-reglen generelt	9
3.2	Kontrolkriteriet.....	11
3.2.1	Indledende bemærkninger.....	11
3.2.2	Karakteren og omfanget af kontrollen med den kontrollerede enhed	11
3.2.3	Om kontrollen kan udøves i fællesskab af flere ordregivende myndigheder	13
3.2.4	Betydningen af evt. privat ejerskab til den kontrollerede enhed	13
3.2.5	Betydningen af efterfølgende forhold	13
3.3	Virksomhedskriteriet	14
3.4	Horisontale samarbejder	18
4.	FORSLAGET TIL DET NYE UDBUDSDIREKTIV	21
4.1	Indledende bemærkninger	21
4.2	Kommissionens forslag	21
4.3	Rådets kompromistekst/konsoliderede udgave.....	25
5.	UDBUDSRETTLIG VURDERING AF MIX-SCENARIET I FORHOLD TIL DET UDVIDEDE IN HOUSE-BEGREB	26
5.1	Overordnede bemærkninger	26
5.2	Kontrolkriteriet	27
5.3	Virksomhedskriteriet	28
6.	UDBUDSRETTLIG VURDERING AF DEN "SVENSKE MODEL"	30
6.1	Overordnede bemærkninger	30
6.2	Model 1 - Opdeling i ovne/ovnlínjer (regnskabsmæssig adskillelse)	31
6.3	Model 2 - selvstændige juridiske enheder	32

6.4	Model 3 - Koncernstruktur med samling af aktiviteter på affaldsområdet og eventuelt andre områder.....	32
6.5	Øvrige bemærkninger.....	34

1. INDLEDENDE BEMÆRKNINGER

I rapporten "Forbrænding af affald - afrapportering fra den tværministerielle arbejdsgruppe vedrørende organisering af affaldsforbrændingsområdet" fra december 2010 (herefter rapporten) har Miljøstyrelsen beskrevet en model for tilrettelæggelse af affaldsforbrænding, som indeholder elementer af såvel den nugældende ordning for affaldsforbrænding i Danmark ("basisscenariet") som en ordning baseret på et frit marked for affaldsforbrænding ("licitationsscenariet"). Modellen betegnes "mix-scenariet".

For så vidt angår husholdningsaffald vil kommunerne i mix-scenariet fortsat have anvisnings- og kapacitetspligt, ligesom det er tilfældet i dag. De kommuner, som ejer forbrændingsanlæg, vil således fortsætte med at sende kommunernes husholdningsaffald til forbrænding på egne anlæg.

Husholdningsaffaldet forventes fortsat at udgøre ca. 45 % af den samlede affaldsmængde, der indleveres til forbrændingsanlæggene.

Markedet for forbrænding af erhvervsaffald vil derimod blive liberaliseret helt. Virksomheder vil fortsat have ansvaret for behandlingen af det affald, de producerer. Virksomhederne vil i modsætning til i dag, hvor de frit kan eksportere forbrændingsegnet affald til udlandet, men ikke kan sende det til forbrænding på andre kommunale anlæg, få mulighed for frit at vælge, hvor de ønsker at sende affaldet til forbrænding i Danmark eller i udlandet.

I mixscenariet vil de kommunale forbrændingsanlæg således fortsat kunne modtage erhvervsaffald, men vil i så fald gøre dette på et frit marked med konkurrence fra andre kommunale og privatejede forbrændingsanlæg.

Erhvervsaffaldet forventes fortsat at udgøre ca. 55 % af den samlede affaldsmængde, der indleveres til forbrændingsanlæggene

Miljøstyrelsen har anmodet mig om at udarbejde et notat om, hvorvidt mix-scenariet kan realiseres på baggrund af de gældende udbudsregler og den forventede kommende regulering i det nye udbudsdirektiv. Styrelsen har i den forbindelse anmodet om min vurdering af, om forskellige organisatoriske modeller er i overensstemmelse med udbudsreglerne. Notatet forventes offentliggjort.

I den anledning bemærker jeg følgende:

2. SAMMENFATNING OG KONKLUSION

2.1 Udbudsreglerne

Ordregivende myndigheder i EU skal følge udbudsdirektivets procedurer, når myndighederne indgår kontrakter om indkøb af varer eller tjenesteydelser, hvis værdien af kontrakten overstiger de i udbudsdirektivet artikel 7 fastsatte tærskelværdier (for 2012 og 2013 sat til kr. 1.489.820,- for kommunale indkøb af den omhandlede karakter).

Udbudsdirektivet stiller imidlertid ikke krav om, at de ordregivende myndigheder udbyder opgaver, som de ordregivende myndigheder løser internt ved hjælp af egne ressourcer (den såkaldte in house-regel).

Ifølge EU-Domstolens praksis er in house-reglen ikke begrænset til situationer, hvor aftalen indgås mellem to enheder inden for samme juridiske enhed (det klassiske in house-begreb), men finder også anvendelse i visse tilfælde, hvor aftalen indgås mellem to forskellige juridiske enheder (det udvidede in house-begreb). Dette kan eksempelvis være tilfældet, når offentligt ejede selskaber udfører opgaver for en eller flere myndigheder.

Den udvidede in house-regel finder anvendelse, såfremt den virksomhed, der udøver aktiviteten, både med hensyn til beslutningskompetence og i økonomisk henseende er så tæt knyttet til den ordregivende myndighed, at der reelt blot er tale om en intern arbejdsdeling hos myndigheden.

Den ordregivende myndighed skal i den forbindelse underkaste den pågældende virksomhed en kontrol, der svarer til den kontrol, som myndigheden fører/udøver med sine egne tjenestegrene (kontrolkriteriet). Endvidere skal den pågældende enhed udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den ordregivende myndighed (virksomhedskriteriet).

EU-Domstolen har også fastslået, at visse horisontale samarbejder mellem ordregivende myndigheder er undtaget fra udbudspligten.

I forslaget til nyt udbudsdirektiv er der lagt op til, at den af EU-Domstolen udviklede praksis om in house-reglen og horisontale samarbejder - med visse modifikationer navnlig i relation til virksomhedskriteriet - vil blive indarbejdet direkte i direktivet.

2.2 Mix-scenariets forhold til udbudsreglerne

2.2.1 Kontrolkriteriet

Hvad angår udbudspligten i det beskrevne mix-scenarie, er der i udgangspunktet tale om, at kommunernes indkøb af ydelser i form af affaldsforbrænding fra forbrændingsselskaberne er omfattet af den fulde udbudspligt i udbudsdirektivet.

Udbud kan derfor kun undlades, hvis betingelserne i in house-reglen er opfyldt.

Dette forudsætter, at de kommuner, som ejer forbrændingsselskaberne, fører en kontrol med selskaberne, der svarer til den kontrol, som kommunerne fører med egne tjenestegrene.

Kontrollen skal sikre, at kommunerne kan udøve bestemmende indflydelse over forbrændingsselskaberne i forhold til såvel strategiske målsætninger som vigtige beslutninger.

Det er i den forbindelse tvivlsomt, om de beføjelser, som en ejer er tillagt efter selskabsloven, i sig selv er tilstrækkelig til at opfylde kontrolkriteriets krav om indflydelse over selskabet i forhold til såvel de strategiske målsætninger som i forhold til vigtige beslutninger, eller om kontrollen skal være mere vidtgående.

En mere vidtgående kontrol end den selskabsretlige kan navnlig være påkrævet, hvis kontrollen er svækket yderligere af, at der er indskudt et holdingselskab.

Kontrolkriteriet vil normalt være opfyldt, hvis kommunerne er repræsenteret i ledelsen/bestyrelsen, eller det på anden måde sikres, at selskaberne ikke får adgang til at træffe beslutninger om strategiske målsætninger og andre vigtige emner uafhængigt af kommunerne.

Hvis der er tale om fælleskommunale selskaber, skal kontrollen udøves i fællesskab af ejerne. Det vil derfor være nødvendigt, at selskabernes besluttende organer er sammensat af repræsentanter for de pågældende kommuner, og at selskaberne ikke forfølger selvstændige formål, der adskiller sig fra ejernes interesser som offentlige myndigheder.

Enhver form for privat ejerskab af selskabernes kapitalandele er udelukket.

Det kontrollerede selskabs aktiviteter må efter retspraksis endvidere ikke reelt antage erhvervs- eller forretningsmæssig karakter. Det er dog tvivlsomt om denne betingelse har et selvstændigt indhold, der rækker videre end virksomhedskriteriet.

Efter min opfattelse er det i den forbindelse uden selvstændig betydning for vurderingen af, om det kontrollerede selskab reelt har erhvervs- eller forretningsmæssig karakter, om "hvile i sig selv"-princippet ophæves for så vidt angår behandlingen af erhvervsaffald.

Det afgørende må i den henseende være, at eksterne aktiviteter ikke får et sådant omfang, at betingelserne i virksomhedskriteriet ikke kan anses for opfyldt, idet der ikke i retspraksis eller forslaget til nyt udbudsdirektiv er sat selvstændige grænser for den fortjeneste, der må opnås ved den eksterne omsætning.

2.2.2 Virksomhedskriteriet

I henhold til virksomhedskriteriet skal de enkelte forbrændingsselskabers omsætning hovedsageligt hidrøre fra den ejende myndigheds beslutning om at tildele selskabet opgaven med at forbrænde husholdningsaffald, således at enhver ekstern aktivitet er af uvæsentlig karakter.

Et væsentligt hensyn bag virksomhedskriteriet er i den forbindelse, at offentligt ejede selskaber ikke skal drage fordel af at få tildelt offentlige kontrakter direkte, når sådanne selskaber i øvrigt konkurrerer med private selskaber på et frit marked.

På baggrund af EU-Domstolens praksis og det seneste konsoliderede forslag til det nye udbudsdirektiv må kriteriet fortolkes således, at mere end 80 % af selskabets samlede omsætning skal stamme fra aktiviteter med de kontrollerende kommuner (intern omsætning).

Virksomhedskriteriet vil derfor ikke være opfyldt, hvis et affaldsforbrændingsanlæg i mix-scenariet, hvor håndtering af erhvervsaffaldet er konkurrenceudsat, modtager affald med en fordeling svarende til den nuværende fordeling på ca. 45 % kommunalt affald/husholdningsaffald og ca. 55 % erhvervsaffald.

2.3 Alternative modellers forhold til udbudsreglerne

2.3.1 De 3 modeller

Miljøstyrelsen har i den forbindelse anmodet mig om at vurdere 3 alternative organisatoriske modellers forhold til in house-reglen:

I model 1 udføres opgaverne i samme juridiske enhed, men med regnskabsmæssig opdeling af forbrændingsanlæggets ovne/ovnløjer i en del med husholdningsaffald og en del med erhvervsaffald.

I model 2 udføres opgaverne i særskilte juridiske enheder, der håndterer husholdningsaffald henholdsvis erhvervsaffald. Enhederne deler produktionsfaciliteterne.

I model 3 etableres en koncernstruktur, hvor hele forbrændingskapaciteten lægges i et selskab, der ejes af et holdingselskab. Under holdingselskabet oprettes samtidig et eller flere datterselskaber, som udfører andre kommunale aktiviteter, idet den interne omsætning herved søges øget med henblik på at opfylde virksomhedskriteriet.

2.3.2 Vurdering af model 1

Det må anses for ganske tvivlsomt, om en opdeling i ovne/ovnløjer med tilhørende regnskabsmæssig adskillelse (model 1) vil blive anset for at være tilstrækkeligt til, at ekstern

omsætning fra erhvervsaffaldet kan holdes ude ved vurderingen af, om virksomhedskriteriet er opfyldt.

Alle transaktioner mellem de pågældende aktivitetsområder skal i øvrigt ske på forretningsmæssige vilkår, således at den konkurrenceudsatte aktivitet ikke opnår en ulovlig konkurrencefordel.

Det vil i den forbindelse være af væsentlig betydning, at det kan dokumenteres, at den konkurrenceudsatte aktivitet betaler markedspris for alle ydelser, som købes fra den ikke-konkurrenceudsatte aktivitet, og at der tilsvarende ydes betaling for alle ressourcer, som den konkurrenceudsatte aktivitet kan trække på hos den ikke-konkurrenceudsatte aktivitet. Betalingen vil normalt skulle dække alle variable omkostninger, en rimelig andel af de faste omkostninger samt en rimelig fortjeneste.

Det vil være nødvendigt at etablere et egentligt regnskabsreglement for den ikke-konkurrenceudsatte aktivitet, der indeholder de nødvendige principper for omkostningsfordeling for alle sådanne ydelser, som leveres til den konkurrenceudsatte aktivitet.

2.3.3 *Vurdering af model 2*

Såfremt der etableres selvstændige juridiske enheder til at varetage henholdsvis den interne og eksterne aktivitet (model 2), synes dette som udgangspunkt at være uproblematisk i forhold til in house-reglen, idet den kontrollerede enhed, der varetager den interne aktivitet, i så tilfælde netop ikke udøver eksterne aktiviteter.

Som anført ad model 1, er det vigtigt, at alle transaktioner mellem de pågældende juridiske enheder sker på forretningsmæssige vilkår, således at den konkurrenceudsatte aktivitet ikke opnår en ulovlig konkurrencefordel.

2.3.4 *Vurdering af model 3*

Hvad angår model 3, er det en forudsætning for modellens anvendelighed, at den interne omsætning efter virksomhedskriteriet skal opgøres i forhold til holdingselskabet (der alt andet lige vil afspejle fordelingen af aktiviteter i koncernen) eller på koncern-niveau og ikke i forhold til datterselskabet, der ejer forbrændingskapaciteten, idet den nuværende fordeling med 45 % husholdningsaffald og 55 % erhvervsaffald ikke opfylder virksomhedskriteriet.

Udgangspunktet i retspraksis synes dog at være, at aktiviteterne opgøres for det enkelte selskab (den kontrollerede enhed) og ikke på koncern-niveau. Det er således tvivlsomt, om model 3 vil overholde virksomhedskriteriet.

Selv i tilfælde af, at det antages, at bedømmelsen af virksomhedskriteriet kan ske på koncern-niveau, er model 3 ikke uproblematisk.

Udgangspunktet er ganske vist, at alle aktiviteter, som den kontrollerede enhed udfører som led i de tildelte opgaver, skal medregnes i opgørelsen af den interne omsætning.

In house-reglen vil imidlertid kunne gives et ganske vidt anvendelsesområde, hvis en ordregivende myndighed samler en række af sine opgaver i én enhed.

Der kan derfor argumenteres for, at en fremgangsmåde som den foreslåede model 3 vil stride mod baggrunden for in house-reglen.

For mig at se vil en samling af forskellige aktiviteter fra områder, som ikke har en naturlig sammenhæng med forbrændingsaktiviteten, under alle omstændigheder skulle begrundes ud fra almindelige principper om saglighed i forvaltningen, herunder overvejelser om rationel drift, synergieffekter mv. Er dette ikke tilfældet, vil henlæggelsen af aktiviteterne under samme holdingselskab med henblik på at opfylde virksomhedskriteriet kunne blive anset for en omgåelse af udbudsreglerne.

2.3.5 Øvrige bemærkninger

Det skal endelig fremhæves, at formålet med virksomhedskriteriet er at undgå konkurrenceforvridning i forhold til private aktører, når offentligt ejede virksomheder bliver markedsorienterede. Selv om den procentuelle del af omsætningen holdes under de 10-20 %, kan omfanget i absolutte tal derfor formentlig nå en sådan størrelse, at jeg ikke kan afvise, at det vil få indflydelse på vurderingen.

Om baggrunden for min vurdering henviser jeg til bemærkningerne nedenfor.

3. DE GÆLDENDE UDBUDSREGLER

3.1 Om udbudsdirektivet og in house-reglen generelt

Ordregivende myndigheder i EU er forpligtede til at følge udbudsdirektivets procedurer, når myndighederne indgår kontrakter om indkøb af varer eller tjenesteydelser mv., hvis værdien af kontrakten overstiger de i udbudsdirektivets artikel 7 fastsatte tærskelværdier (for 2012 og 2013 sat til kr. 1.489.820,- for kommunale indkøb af den omhandlede karakter).

Ifølge udbudsdirektivets artikel 1, stk. 9, betragtes staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer som "ordregivende myndigheder". Offentligt ejede selskaber, som har til opgave at imødekomme almenhedens behov (dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter), er omfattet af begrebet og er således underlagt udbudsdirektivets regler, jf. bestemmelsens 2. led.

En ordregivende myndigheds indkøb af ydelser i form af affaldsforbrænding fra forbrændingsselskaberne er som udgangspunkt omfattet af den fulde udbudspligt i udbudsdirektivet, idet der er tale om en bilag II A-ydelse (affaldsbortskaffelse, bilag II A, pkt. 16).

Udbudsdirektivet gælder imidlertid kun for gensidigt bebyrdende kontrakter, jf. direktivets artikel 1, stk. 2, litra a sammenholdt med artikel 7.

Udbudsdirektivet stiller således ikke krav om, at de ordregivende myndigheder udbyder opgaver, som de løser internt ved hjælp af egne ressourcer.

Sådanne in house-leverancer er ikke omfattet af udbudsdirektivets procedureregler, ligesom EU-traktatens principper om gennemsigtighed og ligebehandling ikke finder anvendelse, jf. EU-Domstolens dom i sag C-458/03, Parking Brixen (præmis 61).

Det gældende udbudsdirektiv indeholder - i modsætning til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 om kontrakter, der tildeles en tilknyttet virksomhed eller en ordregiver, der deltager i et joint venture - ikke nogen eksplicit regulering af in house-reglen. Afgrænsningen af in house-reglens anvendelsesområde og betingelserne for reglens anvendelse skal på udbudsdirektivets område i stedet udledes af en ganske omfattende praksis fra EU-Domstolen.

Ifølge EU-Domstolens praksis er in house-reglen ikke begrænset til situationer, hvor aftalen indgås mellem to enheder inden for samme juridiske enhed (det klassiske in house-begreb), men finder også anvendelse i visse tilfælde, hvor aftalen indgås mellem to forskellige juridiske enheder (det udvidede in house-begreb). Dette kan eksempelvis være tilfældet, når offentligt ejede selskaber udfører opgaver for en eller flere myndigheder.

I mix-scenariet forudsættes det, at aktiviteterne vil blive udøvet af aktieselskaber, og i det omfang disse selskaber er kommunalt ejede, er den udvidede in house-regel relevant.

Det afgørende for vurderingen af, hvorvidt den udvidede in house-regel finder anvendelse, er, om den virksomhed, der udøver aktiviteten, både med hensyn til beslutningskompetence og i økonomisk henseende er så tæt knyttet til den ordregivende myndighed, at der reelt blot er tale om en intern arbejdsdeling hos myndigheden.

Lige siden dommen i sag C-107/98, Teckal, har EU-Domstolen henvist til følgende to kumulative kriterier, der skal være opfyldt for, at en kontrakt mellem en ordregivende myndighed og en selvstændig juridisk enhed, der er adskilt fra myndigheden, er undtaget fra udbudspligten:

1. Den ordregivende myndighed skal underkaste den pågældende virksomhed en kontrol, der svarer til den kontrol, som myndigheden fører/udøver med sine egne tjenestegrene (kontrolkriteriet).
2. Den pågældende enhed skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den ordregivende myndighed (virksomhedskriteriet).

Bevisbyrden for, at kriterierne er opfyldt, påhviler den ordregivende myndighed, og da der er tale om en undtagelse til udbudsdirektivets bestemmelser, fortolkes kriterierne strengt, jf. EU-Domstolens dom i sag C-410/04, ANAV (præmis 26).

I det følgende gennemgås EU-Domstolens praksis om kontrol- og virksomhedskriteriet. Efter aftale med styrelsen er hovedvægten lagt på fortolkningen af virksomhedskriteriet i den foreliggende retspraksis.

3.2 Kontrolkriteriet

3.2.1 Indledende bemærkninger

Hvad angår EU-Domstolens fortolkning af kontrolkriteriet, har retspraksis siden dommen i den ovennævnte Teckal-sag navnlig fokuseret på følgende forhold:

- Karakteren og omfanget af kontrollen med den kontrollerede enhed,
- Om kontrollen kan udøves i fællesskab af flere ordregivende myndigheder,
- Betydningen af evt. privat ejerskab til den kontrollerede enhed, samt
- Betydningen af efterfølgende forhold.

Nedenfor behandles EU-Domstolens praksis herom i hovedtræk for hver af de pågældende bullets, idet jeg dog skal fremhæve, at der i sidste ende skal foretages en samlet vurdering af, om kontrolkriteriet er opfyldt, hvori alle de pågældende elementer indgår.

3.2.2 Karakteren og omfanget af kontrollen med den kontrollerede enhed

Kontrolkriteriet tager udgangspunkt i den kontrol, som den ordregivende myndighed fører med en underordnet tjenestegren.

Det forvaltningsretlige kontrolbegreb kan imidlertid ikke uden videre overføres på den kontrol, som en ejer kan føre med et kapitalselskab. Der er i den forbindelse en vis risiko for, at et kapitalselskab i forhold til ejerne kan få en mere selvstændig status, jf. herved Jens Bødtker-Hansen i K. Hagel-Sørensen (red.): *Aktuel Udbudsret*, 2011, side 80f.

EU-Domstolen har dog i en række domme anerkendt, at kontrolkriteriet også kan opfyldes i forhold til kapitalselskaber, jf. allerede Teckal-dommen, hvor det anføres, at kontrollen skal

svare til (men altså ikke nødvendigvis være identisk med) den kontrol, som myndigheden fører med sine egne tjenestegrene.

I sag C-458/03, Parking Brixen, udtalte EU-Domstolen følgende:

64 *"Det skal for det første undersøges, om den ordregivende offentlige myndighed fører en kontrol med den kontraherende virksomhed, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene.*

65 *Denne bedømmelse skal tage samlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder i betragtning. Det skal fremgå af undersøgelsen, at den pågældende kontraherende virksomhed er underlagt en kontrol, der gør det muligt for den ordregivende offentlige myndighed at påvirke virksomhedens beslutninger. Indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til de vigtige beslutninger.*

...

70 *Når en indehaver af en koncessionskontrakt har en selvstændig handlefrihed som den, der følger af de forhold, der er fremhævet i præmis 67-69, er det udelukket, at den ordregivende offentlige myndighed fører en kontrol med indehaveren af koncessionskontrakten, der svarer til den, den fører med sine egne tjenestegrene." [mine understregninger]*

Den ordregivende myndigheds fulde ejerskab og den deraf følgende selskabsretlige kontrol med virksomheden er et moment, der tillægges væsentlig betydning ved vurderingen af kontrolkriteriet, men dette kan ikke stå alene. Dette følger af bl.a. af sag C-340/04, Carbotermo, der vedrørte en situation, hvor det pågældende selskabs bestyrelse havde vidtrækkende beføjelser, som bestyrelsen kunne udøve selvstændigt, hvorfor kontrolkriteriet ikke var opfyldt (præmis 38 og 40). EU-Domstolen anførte i denne sammenhæng, at indirekte kontrol (f.eks. gennem holdingselskab) kan svække kontrollens styrke (præmis 39).

I sag C-324/07, Coditel, fremhæves tre forhold som begrundelse for, at kontrolkriteriet var opfyldt: Dels offentlig besiddelse af den samlede kapital i selskabet; dels at selskabets besluttende organer var sammensat af repræsentanter for de offentlige myndigheder; og endelig at der var tale om et interkommunalt andelsselskab, der ikke havde erhvervs- eller forretningsmæssig karakter, og hvis formål var udførelse af en opgave af kommunal interesse.

3.2.3 Om kontrollen kan udøves i fællesskab af flere ordregivende myndigheder

Omvendt kan kontrolkriteriet godt være opfyldt for en myndighed, som alene ejer en beskedent andel af kapitalen, jf. EU-Domstolens dom i sag C-295/05, Asemfo/Tragsa. I det konkrete tilfælde udgjorde ejerandelen kun 0,25 % for hver af fire selvstyrende regioner, som var medejere af selskabet Tragsa, der herudover var ejet af den spanske stat. Denne beskedne ejerandel var tilstrækkelig til at opfylde kontrolkriteriet for regionerne. Dog forelå nogle særlige omstændigheder, som kan have haft betydning for vurderingen (bl.a. kunne selskabet ikke selv fastsætte sine takster, og forbindelsen til regionerne var ikke af kontraktmæssig karakter).

Kontrollen med virksomheden kan således udøves af flere ordregivende myndigheder i forening, jf. også Domstolens domme i sagerne C-340/04, Carbotermo, og C-573/07, Sea.

I de forenede sager C-182/11 og C-183/11, Econord, udtalte EU-Domstolen, at kontrollen ikke blot kan bestå i den kontrolbeføjelse, der tilkommer den offentlige myndighed med aktiemajoriteten (præmis 30), men at kontrolkriteriet vil være opfyldt, når hver af de delta-gende myndigheder har en andel i enhedens kapital og ledelsesorganer (præmis 33).

3.2.4 Betydningen af evt. privat ejerskab til den kontrollerede enhed

I sag C-26/03, Stadt Halle, fastslog EU-Domstolen, at et privat ejerskab er uforeneligt med opfyldelse af kontrolkriteriet, uanset om den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel og uanset graden af indflydelse og kontrol (præmis 49). Dette er efterfølgende bekræftet i sagerne C-231/03, Coname, C-220/05, Jean Auroux, C-337/05, Kommission mod Italien, C-573/07, Sea, og C-196/08, Acoset.

3.2.5 Betydningen af efterfølgende forhold

Vurderingen af, hvorvidt kontrolkriteriet er opfyldt, foretages som udgangspunkt på tidspunktet for kontrakttildelingen.

I sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, hvor en overførsel af 49 % af kapitalandelene i det offentligt ejede selskab Abfall GmbH til et privat selskab skete få uger efter tildelingen af en kontrakt om bortskaffelse af affald, kom EU-Domstolen dog frem til, at konstruktionen udgjorde et forsøg på at omgå udbudsreglerne. I et sådant tilfælde skulle tildelingen derfor ikke kun vurderes i forhold til det tidsmæssige forløb (præmis 41).

I sag C-573/07, Sea, udtalte EU-Domstolen, at kontrolkriteriet skal være opfyldt i hele kontraktens løbetid (præmis 53). Det følger således af dommen, at der er pligt til at følge udbudsdirektivets procedurer, når det modtagende selskab allerede på tildelingstidspunktet har private ejere. Det samme gælder, når der er en konkret udsigt til, at det snarligt kan få private ejere, eller hvis der gennemføres et frasalg af selskabskapitalen under kontraktperioden.

Dog indebærer den blotte mulighed for privat deltagelse ikke, at opfyldelse af kontrolkriteriet er udelukket (præmis 51).

3.3 Virksomhedskriteriet

Som anført ovenfor fastslog EU-Domstolen i Teckal-dommen, at en enhed skal udføre *hovedparten* af sin virksomhed sammen med ordregiveren, før virksomhedskriteriet kan anses for at være opfyldt.

Såfremt den kontrollerede enhed udøver sin aktivitet med andre end den kontrollerende myndighed, således at enheden har en selvstændig markedsaktivitet, kan dette altså i visse tilfælde medføre, at enheden mister sin karakter af at være et internt redskab for den ordregivende myndighed, således at begrundelsen for, at aktiviteten kan undtages fra udbudspligten, bortfalder.

I sag C-340/04, Carbotermo, udtalte EU-Domstolen følgende om virksomhedskriteriet:

- 62 *"Desuden kræves det, at denne virksomheds ydelser i det væsentlige er bestemt for denne ene myndighed. Inden for disse grænser forekommer det berettiget, at denne virksomhed ikke er omfattet af kravene i direktiv 93/36, da disse er dikteret af ønsket om at bevare en konkurrence, der i dette tilfælde ikke længere er anledning til.*
- 63 *Når disse principper anvendes, kan det kun antages, at den pågældende virksomhed udfører hovedparten af sin aktivitet sammen med den myndighed, som den ejes af, som omhandlet i Teckal-dommen, såfremt denne virksomheds aktivitet hovedsagelig er bestemt for denne myndighed, idet enhver anden aktivitet kun har marginal karakter.*
- 64 *Ved sin stillingtagen til, om dette er tilfældet, skal den kompetente ret tage alle omstændigheder i det foreliggende tilfælde i betragtning, såvel kvalitative som kvantitative.*
- 65 *Med hensyn til spørgsmålet, om der i denne sammenhæng alene skal tages hensyn til den omsætning, der er opnået med tilsynsmyndigheden, eller til den, der er opnået på denne myndigheds område, må det antages, at den afgørende omsætning er den, som den pågældende virksomhed opnår i kraft af beslutninger om tildeling truffet af tilsynsmyndigheden, herunder den, der opnås med brugere ved udførelsen af sådanne beslutninger.*

- 66 *De af en tilslagsmodtagende virksomheds aktiviteter, som der skal tages hensyn til, er nemlig alle dem, som denne virksomhed udfører som led i en tildeling foretaget af den ordregivende myndighed, uafhængigt af modtagerens identitet, hvad enten det drejer sig om den ordregivende myndighed selv eller brugeren af ydelserne.*
- 67 *Det er uden betydning, hvem der betaler den pågældende virksomhed vederlag, hvad enten det er den myndighed, som den ejes af, eller tredjemænd, der er brugere af de ydelser, der erlægges i henhold til koncessioner eller andre retsforhold tilvejebragt af den nævnte myndighed. Det er ligeledes uden betydning, på hvilket område disse ydelser leveres.*
- 68 *Da den tilslagsmodtagende virksomheds kapital i hovedsagen besiddes indirekte af flere myndigheder, kan det være relevant at undersøge, om den aktivitet, der skal tages i betragtning, er den, som den tilslagsmodtagende virksomhed udfører sammen med samtlige de myndigheder, som den ejes af, eller kun den aktivitet, der udføres sammen med den myndighed, som i det foreliggende tilfælde optræder som ordregivende myndighed.*
- 69 *I denne forbindelse bemærkes, at Domstolen har præciseret, at den pågældende juridisk forskellige person skal udføre hovedparten af sin aktivitet sammen med »den eller de lokale myndigheder, den ejes af« (Teckal-dommen, præmis 50). Domstolen har således taget den mulighed i betragtning, at den fastsatte undtagelse ikke blot gælder for det tilfælde, at en sådan juridisk person kun ejes af en enkelt myndighed, men også at den ejes af flere.*
- 70 *Såfremt flere myndigheder ejer en virksomhed, kan betingelsen om hovedparten af dens aktivitet være opfyldt, hvis denne virksomhed udfører hovedparten af sin aktivitet, ikke nødvendigvis sammen med den ene eller den anden af disse myndigheder, men sammen med samtlige disse myndigheder.*
- 71 *Den aktivitet, der skal tages i betragtning, såfremt en virksomhed ejes af flere myndigheder, er følgelig den, som denne virksomhed udfører sammen med samtlige disse myndigheder." [mine understregninger]*

Alle omstændigheder - såvel kvalitative som kvantitative - skal således inddrages i vurderingen af, hvorvidt virksomhedskriteriet er opfyldt.

Såfremt virksomheden ejes af flere myndigheder, skal aktiviteterne for samtlige disse myndigheder inddrages i vurderingen.

Idet der efter Carbotermo-dommen er tale om en såvel kvantitativ som kvalitativ vurdering, kan der i udgangspunktet ikke angives en præcis procentdel af virksomhedens aktiviteter, der skal udføres med de ordregivende myndigheder, for at virksomhedskriteriet kan anses for opfyldt.

Der kan således ikke slutes analogt fra forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23, hvorefter der stilles krav om, at mindst 80 % af omsætningen over de seneste 3 år skal hidrøre fra de ordregivende myndigheder, som den kontrollerede enhed er tilknyttet, men denne grænse kan dog give en vis indikation af, hvad der er tilladeligt.

I den tidligere omtalte sag C-295/05, Asemfo/Tragsa, udførte den offentligt ejede skovbrugsvirksomhed Tragsa ca. 55 % af sin virksomhed med de fire selvstyrende regioner og 35 % af sin virksomhed med den spanske stat. Herudover udførte Tragsa omkring ca. 10 % af sin virksomhed med andre end ejerne. EU-Domstolen fandt i det konkrete tilfælde, at denne fordeling ikke var til hinder for, at virksomhedskriteriet var opfyldt. Domstolen omtalte ikke andre parametre end det rent kvantitative.

På baggrund af denne dom er der i den juridiske teori bred enighed om, at en andel på mere end 90 % af et selskabs virksomhed er tilstrækkelig til at opfylde virksomhedskriteriet. Der hersker derimod fortsat betydelig tvivl om, hvorvidt og i hvilket omfang en lavere andel vil opfylde kriteriet.

Konkurrencestyrelsen har i redegørelse af juni 2010 om 34 kommuners indkøb af KMD Opus tilkendegivet, at en andel af aktiviteterne på 70 % formentlig må anses for at være for lidt.

Som det fremgår af Teckal-dommen, skal virksomheden udøves *sammen med* den kontrollerende ordregivende myndighed og ikke nødvendigvis *til brug for denne*. I Carbotermo-dommen fastslog EU-Domstolen da også, at der ved opgørelsen af intern omsætning skal medregnes al omsætning, som den kontrollerede enhed opnår i kraft af beslutninger, der er truffet af den kontrollerende ordregivende myndighed (præmis 65-67 citeret ovenfor).

Der anvendes således et ganske bredt virksomhedsbegreb i denne henseende. Afgrænsningen mellem omsætning med brugerne, der kan henføres til beslutninger truffet af den kontrollerende ordregivende myndighed, og anden ekstern omsætning fra brugerne, kan ikke desto mindre være ganske vanskelig.

Et eksempel herpå er sag C-220/06, Correos, som omhandlede en aftale om postbefordring i henhold til spansk lovgivning. Den spanske regering gjorde blandt andet gældende, at det

100 % offentligt ejede aktieselskab var omfattet af det udvidede in house-begreb. EU-Domstolen afviste dette argument med følgende begrundelse:

- 59 *"Uden at det er fornødent at foretage en dyberegående gennemgang af spørgsmålet om, hvorvidt den første af de to i foregående præmis nævnte betingelser er opfyldt, er det tilstrækkeligt at konstatere, at den anden betingelse ikke er opfyldt i det i hovedsagen foreliggende tilfælde. Det er ubestridt, at Correos som leverandør af befordringspligtige tjenester i Spanien ikke udfører hovedparten af sin virksomhed med hverken Ministerio eller med den offentlige administration i almindelighed, men at dette selskab udfører posttjenester for et ubestemt antal kunder som modtagere af nævnte posttjeneste.*
- 60 *Den spanske regering gør imidlertid gældende, at forbindelserne mellem den offentlige administration og et selskab, som har en eneret, efter deres natur er eksklusivforhold, hvilket indebærer, at der er tale om et højere niveau end »hovedparten af virksomheden«. Correos har imidlertid en eneret som følge af den omstændighed, at dette selskab i henhold til artikel 58 i lov nr. 14/2000 er forpligtet til at levere de tjenester, der falder inden for dets formål, hvilket dækker tjenester, der er omfattet af eneret, og tjenester, der ikke er omfattet af en sådan ret, til den offentlige administration.*
- 61 *Det skal hertil bemærkes, at selv hvis det antages, at den ovennævnte forpligtelse faktisk kan kvalificeres som en eneret, hvilket det påhviler den forelæggende ret at afgøre, må det inden for rammerne af den gennemgang, der skal foretages i forhold til de to betingelser, der er nævnt i denne doms præmis 58, konstateres, at en sådan ret ikke kan opfylde kravet om, at den pågældende tjenesteyder skal udføre hovedparten af sin virksomhed med den eller de enheder, som den ejes af.*
- 62 *Sidstnævnte krav har navnlig til formål at sikre, at direktiv 92/50 også finder anvendelse i det tilfælde, hvor en virksomhed, der kontrolleres af en eller flere enheder, er aktiv på markedet og således kan konkurrere med andre virksomheder (jf. ved analogi dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, præmis 60). Det er ubestridt, at Correos er aktiv på det spanske postmarked og med undtagelse af de tjenester, der er omfattet af eneret i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 97/67, ligger i konkurrence med andre postvirksomheder, hvis antal ifølge den spanske regerings indlæg udgør ca. 2.000." [mine understregninger]*

Endelig kan det overvejes, om der er grænser for, hvilke aktiviteter der kan indregnes i den interne omsætning, hvis den kontrollerede virksomhed udøver aktiviteter på flere områder.

Det klare udgangspunkt er, at alle aktiviteter skal medregnes ved opgørelsen af den interne omsætning. Dette stemmer da også bedst med, at hensynet bag virksomhedskriteriet er at sikre, at de eksterne aktiviteter er marginale. Et væsentligt hensyn bag virksomhedskriteriet er i den forbindelse, at offentligt ejede selskaber ikke skal drage fordel af at få tildelt offentlige kontrakter direkte, når sådanne selskaber i øvrigt konkurrerer med private selskaber på et frit marked, jf. Correos-dommen.

Fra retspraksis kan det fremhæves, at den kontrollerede virksomhed i Teckal-dommen var aktiv inden for flere forsyningsområder (gas- og varmforsyning samt hermed forbundne ydelser).

I Carbotermo-dommen varetog den kontrollerede virksomhed offentlige tjenesteydelser inden for sektorerne gas, vand, renholdelse, transport, offentlige bade, apoteker, el- og varmforsyning, bedemandsvæsen og vejafmærkning.

3.4 Horisontale samarbejder

Det udvidede in house-begreb forudsætter, at der er tale om enheder, som er underlagt den ordregivende myndigheds kontrol (et vertikalt samarbejde).

Af EU-Domstolens praksis følger det endvidere, at offentlige myndigheder kan indgå i samarbejde om varetagelsen af public service-opgaver til sideordnede myndigheder (horisontalt samarbejde) uden at være forpligtet til at følge udbudsdirektivets procedurer.

I sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland, havde fire lokale myndigheder ("Landkreise") i Niedersachsen indgået en 20-årig samarbejdsaftale med Hamburg Kommunes gaderengøringstjeneste uden udbud. Aftalen forpligtede Hamburg Kommune til at forbrænde de fire Landkreises affald på forbrændingsanlægget i Rugenberger Damm, der blev opført i forbindelse med aftalen og var delvist ejet af kommunen, men blev drevet af en privat operatør. Til gengæld betalte de fire Landkreise et årligt vederlag og stillede desuden visse tjenesteydelser til rådighed for kommunen. EU-Domstolen udtalte følgende:

36 *Imidlertid er det i den foreliggende sag ubestridt, at de fire omhandlede Landkreise ikke fører nogen kontrol, der kan anses for at ligne den, der føres med deres egne tjenester, hvad enten det drejer sig om deres medkontrahenter, dvs. Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste, eller med driftslederen af Rugenberger Damm-affaldsforbrændingsanlægget, som er et selskab, hvis kapital delvis består af private midler.*

- 37 *Det skal imidlertid bemærkes, at den omtvistede aftale opretter et samarbejde mellem lokale sammenslutninger, der har til formål at sikre den fælles gennemførelse af en public service-opgave, dvs. bortskaffelse af affald. Det bemærkes, at denne opgave er knyttet til gennemførelsen af Rådets direktiv 75/442/EØF af 15. juli 1975 om affald (EFT L 194, s. 39), som forpligter medlemsstaterne til at udarbejde planer for håndtering af affald ved navnlig at træffe »egnede foranstaltninger, hvorved der tilskyndes til at rationalisere indsamlingen, sorteringen og behandlingen af affaldet«, hvoraf en af de vigtigste af disse foranstaltninger i henhold til Rådets direktiv 91/156/EØF af 18. marts 1991 om ændring af artikel 5, stk. 2, i direktiv 75/442 (EFT L 78, s. 32) er at muliggøre bortskaffelse af affald på et af de nærmeste anlæg.*
- ...
- 43 *Endelig giver leveringen af affaldsbortskaffelsesytelser anledning til betaling af et beløb til en enkelt driftsleder af anlægget. Det følger derimod af bestemmelserne i den omhandlede aftale, at det samarbejde, den indfører mellem Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste og de fire berørte Landkreise, ikke internt mellem disse enheder giver anledning til yderligere finanstransaktioner ud over dem, der svarer til godtgørelsen for den del af udgifterne, som påhviler disse Landkreise, men som betales af disse tjenester til driftslederen.*
- ...
- 46 *Kommissionen præciserede desuden under retsmødet, at hvis det i denne sag omhandlede samarbejde fandt sted i form af oprettelsen af et offentligretligt organ, til hvilket de forskellige berørte sammenslutninger tildelte public service-opgaven med bortskaffelse af affald, ville den have anerkendt, at de berørte Landkreises anvendelse af anlægget ikke henhørte under bestemmelserne om offentlige udbud. Kommissionen er imidlertid af den opfattelse, at den tjenesteydelsesaftale, der er indgået mellem Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste og de omhandlede Landkreise, i mangel af et sådant interkommunalt samarbejdsorgan skulle have været genstand for et udbud.*
- 47 *Det skal imidlertid først bemærkes, at fællesskabsretten ikke indeholder en forpligtelse for offentlige myndigheder til, med henblik på i fællesskab at sikre deres public service-opgaver, at anvende en særlig retlig form. For det andet kan et sådant samarbejde mellem offentlige myndigheder ikke anfægte den primære målsætning med fællesskabsreglerne på området for udbud, dvs. den frie udveksling af tjenesteydelser og en fri og ufordrejet konkurrence i alle medlemsstaterne, når gennemførelsen af*

dette samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse, og hvis princippet om ligebehandling af de berørte i direktiv 92/50 er sikret, således at ingen private virksomheder får en konkurrencefordel (jf. i denne retning dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 50 og 51).

- 48 Det skal desuden fastslås, at det på ingen måde fremgår af de for Domstolen fremlagte sagsakter, at de omhandlede sammenslutninger i den foreliggende sag har anvendt en model med henblik på at omgå udbudsreglerne. " [mine understregninger]

EU-Domstolen tillod således, at aftalen blev indgået uden udbud, selv om kontrolkriteriet fra tidligere retspraksis principielt ikke var opfyldt. Dommen synes dermed at være en separat undtagelse til udbudspligten, som eksisterer parallelt med det udvidede in house-begreb, jf. også den senere dom i sag C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce (præmis 31). I denne dom understregede EU-Domstolen, at enhver form for privat deltagelse i et horisontalt samarbejde er udelukket (præmis 35).

I Kommissionens vejledning i anvendelse af Den Europæiske Unions regler om statsstøtte, offentlige indkøb og det indre marked på tjenesteydelser af almen økonomisk interesse og navnlig socialydelser af almen interesse (SEC(2010) 1545 final), hedder det om dommen:

"På den anden side har Domstolen også præciseret, at et offentligt-offentligt samarbejde ikke nødvendigvis kræver oprettelse af nye enheder, der kontrolleres i fællesskab. Ifølge Domstolen kan et samarbejde hvile på et simpelt samarbejde mellem offentlige enheder med det ene formål at varetage den fælles udførelse af opgaver af almen interesse, som de pågældende enheder har ansvaret for. Det betyder ikke nødvendigvis, at hver offentlig myndighed samarbejder på lige vilkår om udførelsen af opgaverne af almen interesse, idet samarbejdet kan være baseret på en deling af opgaverne og på specialisering. Imidlertid skal der være tale om et reelt samarbejde i modsætning til en offentlig kontrakt, hvor en part udfører en opgave mod vederlag. Der må ikke være tale om finansielle overførsler mellem de offentlige myndigheder ud over refusion af omkostningerne. Formålet med samarbejdet skal være de hensyn og krav, som er knyttet til forfølgelsen af målsætninger af almen interesse, hvilket udelukker enhver stræben efter gevinst og enhver deltagelse af privatejede virksomheder eller virksomheder med blandet kapital." [mine understregninger]

Det fremgår hverken af dommen eller Kommissionens vejledning, om virksomhedskriteriet finder tilsvarende anvendelse, idet udelukkelsen af privat deltagelse synes at angå selve samarbejdet, men ikke nødvendigvis fra al handel med samarbejdet. Kommissionen synes dog at udlægge dommen således, at der ikke er plads til handel med eksterne parter/ekstern omsætning, jf. understregningerne i citatet ovenfor.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i en vejledende udtalelse af 1. oktober 2012 om L90's indgåelse af aftaler om bortskaffelse af forbrændingseget affald anført, at det er styrelsens vurdering, at Hamburg-dommens anvendelsesområde - og dermed adgangen til at undtage en kontrakt fra udbudsreglerne med henvisning til, at der foreligger et horisontalt samarbejde - er begrænset. I den konkrete udtalelse kom styrelsen til den konklusion, at der ikke var tale om reelt samarbejde mellem L90 og 10 affaldsselskaber, idet der ikke bestod gensidige forpligtelser for L90 ud over betaling til affaldsselskaberne, og da parterne ikke havde et fælles formål. Aftalerne var dermed efter styrelsens opfattelse i realiteten almindelige offentlige kontrakter og derfor ikke undtaget fra udbudspligten.

4. FORSLAGET TIL DET NYE UDBUDSDIREKTIV

4.1 Indledende bemærkninger

Forslaget til det nye udbudsdirektiv er på nuværende tidspunkt ikke vedtaget eller for den sags skyld færdigbehandlet. Forslaget har således ikke status som en autoritativ retskilde, og det nye udbudsdirektivs ordlyd er endnu ikke fastlagt endeligt. Det er derfor for tidligt at vurdere mix-scenariet endeligt i forhold til det nye direktiv.

En række af de foreslåede bestemmelser kodificerer imidlertid efter Kommissionens opfattelse gældende ret, hvorfor forslaget under alle omstændigheder på disse punkter kan tjene som fortolkningsbidrag.

4.2 Kommissionens forslag

Kommissionen fremsatte den 20. december 2011 forslag til et nyt direktiv om offentlige indkøb, jf. KOM(2011) 896 (2011/0438(COD)). Forslagets artikel 11, som er en del af Cluster 10 (Scope), omhandler relationer mellem offentlige myndigheder, hvilket både omfatter det udvidede in house-begreb og horisontale samarbejder.

Bestemmelsen i forslagets artikel 11 udgør ifølge Kommissionen en kodifikation af EU-Domstolens praksis og forsøger at skabe en større grad af klarhed og harmonisering omkring kriterierne for de forskellige former for samarbejde, jf. Kommissions bemærkninger til Cluster 10 af 27. april 2012.

Forslagets artikel 11, stk. 1, har følgende ordlyd:

*"Article 11
Relations between public authorities*

1. *A contract awarded by a contracting authority to another legal person shall fall outside the scope of this Directive where the following cumulative conditions are fulfilled:*

(a) *the contracting authority exercises over the legal person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments.*

(b) *at least 90% of the activities of that legal person are carried out for the controlling contracting authority or for other legal persons controlled by that contracting authority;*

(c) *there is no private participation in the controlled legal person.*

A contracting authority shall be deemed to exercise over a legal person a control similar to that which it exercises over its own departments within the meaning of point (a) of the first subparagraph where it exercises a decisive influence over both strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person."

Artikel 11, stk. 1, litra a og b, kodificerer kontrol- og virksomhedskriterierne fra Teckaldommen, idet Kommissionen dog i forhold til virksomhedskriteriet har fastsat, at maksimalt 10 % af den juridiske persons aktiviteter må udføres med andre end de kontrollerende myndigheder. Dette synes at være udtryk for en forholdsvis restriktiv fortolkning af EU-Domstolens praksis, der tager udgangspunkt i sag C-295/05, Asemfo/Tragsa.

Også artikel 11, stk. 1, litra c samt det sidste led i artikel 11, stk. 1, er udtryk for EU-Domstolens praksis om kontrolkriteriet.

I forslaget artikel 11, stk. 2, hedder det, at kontrakter, som tildeles den kontrollerende enhed af den kontrollerede enhed, eller som tildeles mellem enheder, der er kontrolleret af den samme enhed, også undtages fra udbudspligt, idet en sondring mellem sådanne kontrakter og almindelige in house-leverancer ville være unødigt formalistisk. Med andre ord kan bottom up-tildelinger også undtages fra udbudspligten, ligesom tildelinger til sideordnede enheder kan undtages. Bestemmelsen, som ikke er en kodificering af retspraksis, lyder således:

"2. Paragraph 1 also applies where a controlled entity which is a contracting authority awards a contract to its controlling entity, or to another legal person controlled by the same contracting authority, provided that there is no private participation in the legal person being awarded the public contract."

Artikel 11, stk. 3, som omhandler fælles offentligt ejerskab af den samme juridiske person, lyder:

"3. A contracting authority, which does not exercise over a legal person control within the meaning of paragraph 1, may nevertheless award a public contract without applying this Directive to a legal person which it controls jointly with other contracting authorities, where the following conditions are fulfilled:

(a) the contracting authorities exercise jointly over the legal person a control which is similar to that which they exercise over their own departments;

(b) at least 90% of the activities of that legal person are carried out for the controlling contracting authorities or other legal persons controlled by the same contracting authorities;

(c) there is no private participation in the controlled legal person.

For the purposes of point (a), contracting authorities shall be deemed to jointly control a legal person where the following cumulative conditions are fulfilled:

(a) the decision-making bodies of the controlled legal person are composed of representatives of all participating contracting authorities;

(b) those contracting authorities are able to jointly exert decisive influence over the strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person;

(c) the controlled legal person does not pursue any interests which are distinct from that of the public authorities affiliated to it;

(d) the controlled legal person does not draw any gains other than the reimbursement of actual costs from the public contracts with the contracting authorities."

Kriterierne for at være omfattet af det udvidede in house-begreb er således i al væsentlighed de samme som i artikel 11, stk. 1, idet forslaget dog præciserer, hvordan flere offentlige myndigheder sammen kan kontrollere en enhed. Betingelserne stammer i vidt omfang fra EU-Domstolens dom i sag C-324/07, Coditel. Navnlig betingelsen i litra d, kan ikke umid-

delbart udledes af tidligere retspraksis om kontrolkriteriet, men er inspireret af dommen om horisontale samarbejder i sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland.

Forslagets artikel 11, stk. 4, som behandler horisontale samarbejder, lyder:

"4. An agreement concluded between two or more contracting authorities shall not be deemed to be a public contract within the meaning of Article 2(6) of this Directive where the following cumulative conditions are fulfilled:

(a) the agreement establishes a genuine cooperation between the participating contracting authorities aimed at carrying out jointly their public service tasks and involving mutual rights and obligations of the parties;

(b) the agreement is governed only by considerations relating to the public interest;

(c) the participating contracting authorities do not perform on the open market more than 10 % in terms of turnover of the activities which are relevant in the context of the agreement;

(d) the agreement does not involve financial transfers between the participating contracting authorities, other than those corresponding to the reimbursement of actual costs of the works, services or supplies;

(e) there is no private participation in any of the contracting authorities involved."

Bestemmelsen er ifølge Kommissionen en "oversættelse" af EU-Domstolens præmisser i sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland. Litra a understreger, at der ikke blot skal være tale om køb af ydelser, men derimod et samarbejde med gensidige rettigheder og forpligtelser, hvilket også fremgår af Hamburg-dommens præmisser. Ligeledes er litra b taget direkte ud af Domstolens præmisser, idet formålet med det horisontale samarbejde skal være af almen interesse. Det samme gør sig gældende for litra d, som næsten ordret er taget fra Hamburg-dommens præmis 43.

Derimod kan den grænse på 10 % af enhedens omsætning, som ifølge litra c må stamme fra det frie marked, ikke - eller i hvert fald ikke direkte - læses ud af Hamburg-dommen. Denne betingelse, som ifølge forslaget har til formål at hindre en underminering af de privat konkurrenter på det frie marked, afspejler Kommissionens restriktive fortolkning af EU-

Domstolens praksis om virksomhedskriteriet i forhold til det udvidede in house-begreb, jf. om forslaget artikel 11, stk. 1 og 3, litra b ovenfor.

Afslutningsvist kodificerer artikel 11, stk. 5, EU-Domstolens præmisser i sag C-573/07, Sea, om efterfølgende privat deltagelse:

"5. The absence of private participation referred to in paragraphs 1 to 4 shall be verified at the time of the award of the contract or of the conclusion of the agreement.

The exclusions provided for in paragraphs 1 to 4 shall cease to apply from the moment any private participation takes place, with the effect that ongoing contracts need to be opened to competition through regular procurement procedures."

4.3 Rådets kompromistekst/konsoliderede udgave

Rådets generalsekretariat har senest den 30. november 2012 offentliggjort formandskabets kompromistekster/konsoliderede udgaver af forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb. De konsoliderede udgaver af forslaget indeholder en række sproglige ændringer, men også visse indholdsmæssige ændringer i forhold til Kommissionens oprindelige forslag, herunder særligt:

- Kravene til opfyldelse af virksomhedskriteriet er lempet, idet mindstekravet til aktivitet for den eller de ordregivende myndigheder i artikel 11, stk. 1 og 3, litra b, er fastsat til *"more than 80%"* i stedet for 90 %. Det præciseres i artikel 11, stk. 1 og 3, in fine, at aktiviteten skal opgøres på følgende måde:

"For the determination of the percentage of activities referred to in point (b) of the first subparagraph the average total turnover of the controlled legal entity with respect to services, supplies and works for the three years preceding the contract award shall be taken into consideration. When, because of the date that legal entity was created or commenced activities or because of a reorganisation of its activities, the turnover is either not available for the preceding three years or no longer relevant, it will be sufficient to show that the turnover is credible, particularly by means of business projects."

- Tilsvarende er der i forhold til horisontale samarbejder lempet på kravene til de samarbejdende myndigheders omsætning på markedet ifølge artikel 11, stk. 4, litra c, idet den tilladte procentsats er fastsat til *"less than 20%"* i stedet for 10 %. Omsætningen opgøres ifølge artikel 11, stk. 4, in fine, på følgende måde:

"For the determination of the percentage of activities referred to in point (c) of the first subparagraph the average total turnover of the contracting authority concerned with respect to services, supplies and works for the three years preceding the conclusion of the contract shall be taken into consideration. When, because of the date that contracting authority was created or commenced activities or because of a reorganisation of its activities, the turnover is either not available for the preceding three years or no more relevant, it will be sufficient to show that the turnover is credible, particularly by means of business projects."

- Individuelle repræsentanter kan repræsentere flere eller alle deltagende ordregivende myndigheder i fællesejede offentlige selskaber, jf. artikel 11, stk. 3, 2. led, litra a.

Det konsoliderede forslag til det nye udbudsdirektiv er således udtryk for en mindre restriktiv fortolkning af EU-Domstolens praksis om virksomhedskriteriet end Kommissionens forslag, idet der tillades en større forholdsmæssig deltagelse på det frie marked, uden at dette udløser udbudspligt. Dog er det værd at bemærke, at den konsoliderede udgave af forslaget accepterer Kommissionens overordnede fortolkning af EU-Domstolens præmisser i sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland, om betingelserne for horisontale samarbejder.

Hvorvidt den endelige version af det nye udbudsdirektiv vil fastsætte grænsen for aktiviteter/omsætning på det frie marked på op til 10 %, 20 % eller en anden procentsats, er endnu uafklaret.

5. UDBUDSRETTLIG VURDERING AF MIX-SCENARIET I FORHOLD TIL DET UDVIDEDE IN HOUSE-BEGREB

5.1 Overordnede bemærkninger

I mix-scenariet indkøber kommunerne i udbudsretlig forstand ydelser i form af affaldsforbrænding fra forbrændingsselskaberne til brug for kommunernes håndtering af det kommunale affald (husholdningsaffald), der er omfattet af miljøbeskyttelseslovens § 45.

Værdien af aftalerne vil efter det oplyste endvidere overstige tærskelværdien i direktivet.

En aftale om indkøb af sådanne ydelser er omfattet af den fulde udbudspligt i udbudsdirektivet, idet der er tale om en bilag II A-ydelse.

Som det er anført i gennemgangen af EU-Domstolens praksis ovenfor, skal såvel kontrolkriteriet som virksomhedskriteriet være opfyldt, såfremt en i udgangspunktet udbudspligtig kontrakt over tærskelværdien skal være undtaget fra udbudspligten.

De kommunale forbrændingsanlæg drives i dag i vidt omfang som kommunale interessentskaber, der er omfattet af det udvidede in house-begreb. Spørgsmålet er, om betingelserne for undtagelsen fra udbudspligten fortsat vil være opfyldt i mix-scenariet.

5.2 Kontrolkriteriet

De kommunale forbrændingsanlæg vil, i det omfang dette ikke allerede er tilfældet, efter det oplyste blive omdannet til 100 % offentligt ejede aktieselskaber i forbindelse med indførelsen af mix-scenariet. Der kan være tale om såvel aktieselskaber, der ejes af en enkelt kommune, som fælleskommunale aktieselskaber, hvor flere kommuner er kapitalejere.

Det må i denne sammenhæng lægges til grund, at mix-scenariet ikke vil involvere nogen form for privat deltagelse i de kommunalt ejede aktieselskaber, og at et salg af aktier til private ikke er nært forestående, idet disse omstændigheder ville udelukke opfyldelsen af kontrolkriteriet.

Et senere frasalg af offentligt ejede aktier i selskaberne til private købere vil ligeledes betyde, at kontrolkriteriet ikke længere kan anses for opfyldt. Derimod vil den blotte mulighed for et frasalg af kapitalandele til private ikke have betydning, jf. EU-Domstolens dom i sag C-573/07, Sea (præmis 51).

Afgørende for vurderingen af kontrolkriteriets opfyldelse er, hvorvidt de kommunale ejere vil have bestemmende indflydelse over selskabet i forhold til såvel de strategiske målsætninger som i forhold til vigtige beslutninger.

Det er i den forbindelse tvivlsomt, om de beføjelser, som en ejer er tillagt efter selskabsloven, i sig selv er tilstrækkelige til at opfylde kontrolkriteriets krav om indflydelse over selskabet i forhold til såvel de strategiske målsætninger som i forhold til vigtige beslutninger, eller om kontrollen skal være mere vidtgående.

En sådan mere vidtgående kontrol end efter selskabsretten kan navnlig være påkrævet, hvis kontrollen er svækket yderligere af, at der er indskudt et holdingselskab.

Idet der som tidligere fremhævet vil være tale om 100 % offentligt ejerskab af selskaberne, vil kommunerne dog normalt have en kontrol over selskaberne, som svarer til den kontrol, kommunerne har med deres egne tjenestegrene - i al fald hvis ejerne er repræsenteret i le-

delsen/bestyrelsen eller det på anden måde sikres, at selskabet ikke reelt får adgang til at træffe beslutninger af den ovenfor nævnte karakter uafhængigt af ejerne.

I det omfang der er tale om fælleskommunale selskaber, vil det endvidere være en forudsætning, at kontrollen udøves i fællesskab af ejerne. Dette vil være tilfældet, hvis selskabets besluttende organer er sammensat af repræsentanter for kommunerne, der i fællesskab kan udøve bestemmende indflydelse over selskabet i forhold til såvel de strategiske målsætninger som i forhold til vigtige beslutninger, og at selskabet ikke har et selvstændigt formål, der adskiller sig fra ejernes interesser som offentlige myndigheder.

Selskabets aktiviteter må desuden efter retspraksis ikke reelt have erhvervs- eller forretningsmæssig karakter. Denne betingelse synes i al væsentlighed at være sammenfaldende med virksomhedskriteriet, hvorfor jeg herom henviser til punkt 5.3 nedenfor.

I forslaget til nyt udbudsdirektiv artikel 11, stk. 3, litra d, er det dog i relation til kontrolkriteriet ved selskaber ejet af flere ordregivende myndigheder angivet som betingelse, at selskabet kun får dækket omkostningerne ved kontrakten med de kapitalejende myndigheder. Det er tvivlsomt om dette indbefatter en rimelig fortjeneste.

5.3 Virksomhedskriteriet

Afgørende for spørgsmålet om udbudspligt bliver herefter, hvorvidt de kommunalt ejede forbrændingsanlæg under mix-scenariet vil udføre hovedparten af deres virksomhed med de kommuner, som ejer anlæggene, idet enhver anden aktivitet kun må have begrænset karakter.

På baggrund af sag C-295/05, Asemfo/Tragsa, og den seneste konsoliderede udgave af forslaget til det nye udbudsdirektiv kan det lægges til grund, at de aktiviteter, som ikke stammer fra de kommunale ejere, maksimalt må udgøre op til 10-20 % af virksomhedernes samlede omsætning. Indtil det nye udbudsdirektiv vedtages endeligt, vil det dog være sikrest at antage, at 10 % udgør den øvre grænse for andre aktiviteter.

Under mix-scenariet vil kommunerne fortsat have anvisningspligt for husholdningsaffald, som produceres i kommunen, og det husholdningsaffald, som efter kommunens beslutning herom sendes til et af kommunen helt eller delvist ejet forbrændingsanlæg, må derfor indgå som aktiviteter, der hidrører fra den kontrollerende myndighed. Omsætningen, som er forbundet med forbrænding af husholdningsaffald fra den eller de kommuner, som ejer selskabet, skal dermed udgøre mere end 80-90 % af selskabets samlede omsætning - formentlig beregnet over en 3-årig periode, jf. det konsoliderede forslag til det nye udbudsdirektiv.

Omvendt vil erhvervsaffald, som virksomheder i medfør af liberaliseringen frit kan vælge at sende til kommunale eller privatejede forbrændingsanlæg, indgå som øvrige aktiviteter, i det omfang de kommunalt ejede forbrændingsanlæg modtager affald af denne type.

Husholdningsaffald, som hidrører fra kommuner, der ikke ejer andele i selskabet, skal formentlig medregnes som øvrige aktiviteter, medmindre der kan indgås et særskilt horisontalt samarbejde med disse kommuner, der opfylder betingelser herfor som fastslået i sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland. Ad hoc-leverancer af husholdningsaffald fra andre kommuner vil således ikke være intern omsætning.

I udgangspunktet vil betingelserne i virksomhedskriteriet ikke være opfyldt, hvis den nuværende fordeling med 45 % kommunalt affald (husholdningsaffald) og 55 % erhvervsaffald opretholdes.

Et særligt spørgsmål opstår i forhold til, hvorledes den omsætning, som hidrører fra forbrændingsanlæggenes salg af varme og elektricitet, skal medregnes i forhold til virksomhedskriteriet.

Udgangspunktet for denne vurdering må findes i EU-Domstolens præmisser i sag C-340/04, Carbotermo. Heraf fremgår det, at den afgørende omsætning er den, som virksomheden opnår i kraft af beslutninger om tildeling truffet af den ordregivende myndighed, herunder den, der opnås med brugere ved udførelsen af sådanne beslutninger (præmis 65). Alle aktiviteter, som virksomheden udfører som led i tildelingen fra den ordregivende myndighed, skal derfor medregnes, uanset om det er den ordregivende myndighed, som er modtager af ydelsen, og uanset hvem der betaler for ydelsen, eller på hvilket område ydelserne leveres (præmis 66-67). Ligeledes skal aktiviteter fra samtlige kommuner, som har ejerandele i selskabet, medregnes (præmis 70-71).

På baggrund af Carbotermo-dommen er det således nærliggende at antage, at omsætningen fra salg af den varme og elektricitet, som produceres under forbrændingen af affald, må behandles på samme måde som det affald, der ligger til grund for produktionen. Ud fra denne betragtning må omsætning fra salg af varme og elektricitet, som produceres under forbrænding af de kontrollerende kommuners husholdningsaffald, medregnes som en aktivitet, der udføres for disse kommuner, i hvert fald hvis der leveres til et kommunalt distributionselskab, men formentlig også hvis ydelserne modtages og betales af private borgere, virksomheder og andre offentlige enheder. Omvendt må omsætning fra den øvrige produktion af el og varme formentlig medregnes som ekstern omsætning.

Denne antagelse er dog behæftet med en vis usikkerhed - særligt fordi EU-Domstolen i sag C-220/06, Correos, kom frem til, at det offentligt ejede selskabs postvirksomhed ikke blev

udført for den offentlige administration, men derimod for de borgere, som benyttede sig af selskabets tjenesteydelser (præmis 59).

Den endelige vurdering heraf synes dog uden reel betydning for de af styrelsen rejste spørgsmål, idet vurderingen enten vil føre til, at en endnu større andel af omsætningen vil skulle indregnes i den eksterne omsætning (hvis også salg af varme og elektricitet, som produceres under forbrænding af de kontrollerende kommuners husholdningsaffald, skal anses for ekstern omsætning) eller til, at fordelingen vil være uændret (idet indtægterne fra salg af varme og elektricitet alt andet lige vil følge samme fordeling som fordelingen af det forbrændte affald). Vurderingen vil således ikke kunne ændre på konklusionen om, at betingelserne i virksomhedskriteriet ikke vil være opfyldt med den nuværende fordeling mellem husholdnings- og erhvervsaffald.

For en ordens skyld bemærker jeg endelig, at det efter min opfattelse er uden selvstændig betydning for vurderingen af, om selskabet reelt har erhvervs- eller forretningsmæssig karakter, hvis "hvile i sig selv"-princippet ophæves, for så vidt angår erhvervsaffald.

Det afgørende må i den henseende være, at en sådan aktivitet ikke får et sådant omfang, at betingelserne i virksomhedskriteriet ikke kan anses for opfyldt, idet der ikke i retspraksis eller forslaget til nyt udbudsdirektiv er sat grænser for den fortjeneste, der må opnås ved den eksterne omsætning, når blot omsætningen ikke kommer over den fastsatte procentgrænse for ekstern omsætning, jf. dog nedenfor i punkt 6.5.

6. UDBUDSRETTLIG VURDERING AF DEN "SVENSKE MODEL"

6.1 Overordnede bemærkninger

I det følgende vurderes muligheden for at anvende alternative modeller for organisering af kommunal affaldsforbrænding inden for rammerne af det udvidede in house-begreb efter svensk forbillede.

Overordnet set er jeg blevet anmodet om at vurdere 3 forskellige organisatoriske modeller:

I model 1 udføres opgaverne i samme juridiske enhed, men med regnskabsmæssig opdeling af forbrændingsanlæggets ovne/ovnlinjier i en del med husholdningsaffald og en del med erhvervsaffald.

I model 2 udføres opgaverne i særskilte juridiske enheder, der håndterer husholdningsaffald henholdsvis erhvervsaffald. Enhederne deler produktionsfaciliteterne.

I model 3 etableres en koncernstruktur, hvor hele forbrændingskapaciteten lægges i et selskab, der ejes af et holdingselskab. Under holdingselskabet oprettes samtidig et eller flere datterselskaber, som udfører andre kommunale aktiviteter, idet den interne omsætning her ved søges øget med henblik på at opfylde virksomhedskriteriet.

6.2 Model 1 - Opdeling i ovne/ovnlínjer (regnskabsmæssig adskillelse)

Såfremt andelen af ekstern omsætning - uanset om den stammer fra erhvervsaffald eller salg af varme og elektricitet - skønnes at overstige grænserne i virksomhedskriteriet, kan det overvejes, om det kan sikres, at aktiviteterne med ejerne stadig kan anses for in house ved at foretage en opdeling i ovne/ovnlínjer (og regnskabsmæssig adskillelse) med husholdningsaffald henholdsvis erhvervsaffald.

Opfyldelse af virksomhedskriteriet kræver ifølge EU-Domstolens praksis, at den kontrolrede enhed udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med ordregiveren, og at enhver anden aktivitet kun må have marginal eller beskeden karakter.

Det må anses for tvivlsomt, om model 1 kan gennemføres inden for rammerne af in house-reglen.

En regnskabsmæssig opdeling mellem husholdningsaffald og erhvervsaffald vil formentlig være en forudsætning for, at kommunerne kan dokumentere overholdelsen af virksomhedskriteriets krav, men opdelingen vil ikke nødvendigvis i sig selv være tilstrækkeligt til at sikre, at virksomhedskriteriet er opfyldt.

Spørgsmålet er ikke afklaret i hidtidig retspraksis, men efter min opfattelse er det ganske tvivlsomt, om en opdeling i ovne/ovnlínjer med tilhørende regnskabsmæssig adskillelse vil blive anset for at være tilstrækkeligt til, at ekstern omsætning fra erhvervsaffaldet kan holdes ude ved vurderingen af, om virksomhedskriteriet er opfyldt.

Endelig bemærkes, at det er nødvendigt, at alle transaktioner mellem de pågældende aktivitetsområder sker på forretningsmæssige vilkår, således at den konkurrenceudsatte aktivitet ikke opnår en ulovlig konkurrencefordel.

Det vil i den forbindelse være af væsentlig betydning, at det kan dokumenteres, at den konkurrenceudsatte aktivitet betaler markedspris for alle ydelser, som købes fra den ikke-konkurrenceudsatte aktivitet, og at der tilsvarende ydes betaling for alle ressourcer, som den konkurrenceudsatte aktivitet kan trække på hos den ikke-konkurrenceudsatte aktivitet. Betalingen vil normalt skulle dække alle variable omkostninger, en rimelig andel af de faste omkostninger samt en rimelig fortjeneste.

Det vil i den forbindelse være nødvendigt at etablere et egentligt regnskabsreglement for den ikke-konkurrenceudsatte aktivitet, der indeholder de nødvendige omkostningsfordelingsprincipper for alle sådanne ydelser, som leveres til den konkurrenceudsatte aktivitet.

6.3 Model 2 - selvstændige juridiske enheder

Såfremt der etableres selvstændige juridiske enheder til at varetage henholdsvis den interne og eksterne aktivitet, synes dette som udgangspunkt at være uproblematisk i forhold til in-house-reglen, idet den kontrollerede enhed, der varetager den interne aktivitet, i så tilfælde netop ikke udøver eksterne aktiviteter.

Derimod vil virksomhedsbegrebet ikke være opfyldt i relation til den juridiske enhed, der udøver den eksterne aktivitet.

Som anført ad model 1, er det vigtigt, at alle transaktioner mellem de pågældende juridiske enheder sker på forretningsmæssige vilkår, således at den konkurrenceudsatte aktivitet ikke opnår en ulovlig konkurrencefordel.

6.4 Model 3 - Koncernstruktur med samling af aktiviteter på affaldsområdet og eventuelt andre områder

Ved at samle andre kommunale aktiviteter end forbrænding af affald i kommunalt ejede selskaber under samme holdingselskab, som ejer affaldsforbrændingsselskabet, vil kommunerne kunne hæve den procentvise andel af omsætningen, som hidrører fra de kontrollerende myndigheder.

Det er i modellen forudsat, at forbrændingskapaciteten og de øvrige aktiviteter udøves i separate datterselskaber.

Det er en forudsætning for modellens anvendelighed, at den interne omsætning efter virksomhedskriteriet skal opgøres i forhold til holdingselskabet (der alt andet lige vil afspejle fordelingen af aktiviteter i koncernen) eller på koncern-niveau og ikke i forhold til datterselskabet, der ejer forbrændingskapaciteten, idet den nuværende fordeling med 45 % husholdningsaffald og 55 % erhvervsaffald ikke opfylder virksomhedskriteriet.

Det er vel ikke i alle relationer udtrykkeligt afklaret i retspraksis eller forslaget til nyt udbudsdirektiv, hvorvidt bedømmelsen af virksomhedskriteriet i en sådan situation skal ske i forhold til holdingselskabet/den samlede koncern, eller om bedømmelsen skal foretages i forhold til de enkelte "produktionsselskaber".

Efter Carbotermo-dommen og udkastet til nyt udbudsdirektiv skal alle aktiviteter, som den kontrollerede enhed udfører som led i tildelingen fra samtlige de kontrollerende myndighe-

der, medregnes i den interne omsætning, uanset på hvilket område ydelserne leveres. Det synes imidlertid forudsat, at aktiviteterne opgøres for det enkelte selskab og ikke på koncern-niveau.

Det er således tvivlsomt, om model 3 vil overholde virksomhedskriteriet.

Selv i tilfælde af, at det antages, at bedømmelsen af virksomhedskriteriet kan ske på koncern-niveau, er model 3 ikke uproblematisk.

I Carbotermo-dommen varetog den kontrollerede virksomhed som tidligere nævnt en række offentlige tjenesteydelser inden for meget forskellige sektorer. Trods denne ganske brogede samling aktiviteter, fandt EU-Domstolen i den ovenfor citerede præmis 65-67 ikke anledning til at problematisere, om alle aktiviteterne skulle indgå i opgørelsen af den interne omsætning, men holdt fast i udgangspunktet om, at alle aktiviteter skal medregnes.

In house-reglen vil imidlertid kunne gives et ganske vidt anvendelsesområde, hvis en ordregivende myndighed samler en række af sine opgaver i én enhed.

Der kan derfor argumenteres for, at en fremgangsmåde som den foreslåede model 3 vil stride mod baggrunden for in house-reglen.

Jeg fremhæver herved, at udgangspunktet i Carbotermo-dommen om, at samtlige den kontrollerede enheds aktiviteter skal medregnes, uanset på hvilket område aktiviteterne udføres, skyldes, at in house-reglen har til formål at sikre, at enhver af den kontrollerede enheds aktiviteter er af marginal karakter. Fokus for EU-Domstolen i Carbotermo-dommen var derfor at inddrage alle relevante eksterne aktiviteter i bedømmelsen, hvorimod EU-Domstolen så vidt ses ikke havde fokus på, hvad der i tvivlstilfælde kunne medregnes til den interne omsætning.

For mig at se vil en samling af forskellige aktiviteter fra områder, som ikke har en naturlig sammenhæng med forbrændingsaktiviteten, under alle omstændigheder skulle begrundes ud fra almindelige principper om saglighed i forvaltningen, herunder overvejelser om rationel drift, synergieffekter mv.

Hvis sådanne grunde kan påvises, vil en samling af opgaver i en koncern-struktur næppe blive underkendt udbudsretligt på den test, der nævnes i sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland, hvor EU-Domstolen fremhævede, at der netop ikke var tale om et forsøg på at omgå udbudsreglerne, i sin begrundelse for at anerkende det horisontale samarbejde (præmis 48).

En endelig stillingtagen til, om "model 3" kan anvendes, må bero på en nøjere vurdering af de konkrete forslag om en samling af aktiviteter.

6.5 Øvrige bemærkninger

Det skal endelig fremhæves, at formålet med virksomhedskriteriet er at undgå konkurrenceforvriddning i forhold til private aktører, når offentligt ejede virksomheder bliver markedsorienterede. Selv om den procentuelle del af omsætningen holdes under de 10-20 %, kan omfanget i absolutte tal derfor formentlig nå en sådan størrelse, at jeg ikke kan afvise, at det vil få indflydelse på vurderingen.

Med venlig hilsen



Karsten Hagel-Sørensen

— *Kammeradvokat*